

有期労働契約下の労働者の現状と法的問題点

藤 沢 攻

1. はじめに

わが国経済は、いま構造改革の推進等により長期的な回復局面に入り、ここに「新しい成長基盤が確立される段階に至った」⁽¹⁾とされている。そうであれば、まさに国民として当然に歓迎すべき事態といえるが、国民生活の実態をみる時困難かつ深刻な現状を指摘せざるを得ない。特に労働者の問題状況として、その労働条件なかんづく現時点で指摘されるパート、臨時、派遣等に従事するいわゆる“不安定雇用”⁽²⁾の労働者の窮状を採り上げる必要があると考える。

現今、労働者全体の賃金押下げの要因として不安定雇用の一形態たる“非正規雇用”の増加が指摘され⁽³⁾、それはわが国の雇用形態の多様性を生み、同時に産業構造の変革とも連動し、大局的に国民生活の格差の拡大つまり労働者全体に亘る生活条件の分断を発生させている。現実には、失業者・ニートの増大、フリーター・ワーキングプア・ネットカフェ難民の出現、労働組合組織率の低下等の労働者階層の変化特に落ちこぼれ・負け組み現象が深刻である。この現象は、わが国労働界においてかつて類例のない全く新たな労働問題となっており、深刻度を増す労働者の窮状からの救済は急を要する。

わが国産業体制は、伝統的に終身雇用制・年功序列賃金制により雇用の基本を“正規雇用”つまり“安定雇用”を継続し、戦後の急速な経済発展を遂げた。この体制の下に労働の従属性を特質とする労働者の法的保護を果たすべく労働法制が整えられ、特に労働基準法（以下、労基法）において非正規で不安定雇用となり易い有期労働契約の保護制度を制定・運用・改正してきた。同法は、当初戦後の劣悪な労働条件から

労働者の長期拘束を解除すべく第14条で有期契約の最長を1年とし、その後は逆に労働者の早期雇止めの不安定雇用を防ぐため、平成10年に最長の例外を3年までとし、同16年には最長の原則を3年まで例外を5年までに改正し、有期契約下の労働者の生活の不安定な実態への対応となる改正をした⁽⁴⁾。

しかるに、現在一層増加する非正規雇用あるいは“非典型雇用”を余儀なくされる労働者さらにそこから脱落する失業者の困窮する現状に対し、法的保護施策として何らの有効な体制となり得ず、労働法制として具体的な対応をとるに困難というしかないであろう。ここで、社会・経済情勢が現在の変革を来たし雇用形態の多様化が進展するなかで、わが国伝統の終身雇用制・年功序列賃金制の意義を見直すことも必要と考える。わが労使関係には厳然たる両者間の独立性・従属性の不平等が存在し、従属労働を担う労働者にとりその制度は本採用＝正規雇用そして正社員＝安定雇用の確保の体制を意味する。近年指摘される労働者の実態として使用者に個別的に対等に対峙し自律的な働き方を確保する姿はいまだ一般的ではないのである⁽⁵⁾。

このような現実の問題意識から、“不安定雇用”の境遇に陥らざるを得ない労働者の現在の実態を踏まえて、法的な視点を労基法を根拠とした「有期労働契約」制度に置きつつ、本稿において現状の労働者保護への対応策の一端を考察しておきたい。

附記 昨年末の厚労省提出法案であった「労働契約法」（案）は、本稿執筆中の平成19年11月28日に国会を通過し、12月5日付法律第128号として公布され（内容は本文全19条、附則全6条）、3ヶ月以内に施行となった。本論に関する規定として、労基法第18条の2

「解雇」の規定は文言そのままに第16条に移され、新たに有期契約の期間満了前の解雇が第17条で法認された（以下、「解雇」については現行労基法として取り扱った）。

2. 有期労働契約下の労働者の現状

本稿で捉える有期労働契約下の労働者（以下、有期労働者と称する）とは、一般に種々呼称される“非正規・非典型”雇用として採用される労働者すなわち明確に雇用期間を定めず、各職場の定年制下で労働契約を継続させるいわゆる終身雇用制から除外される労働者を総称する。具体的には、昨今の雇用形態の実態の違いからパートタイマー（短・長時間）、臨時雇・日雇、派遣労働者、契約社員・嘱託、アルバイト等と称される労働者である。これら労働者は、その採用において基本的に終身雇用制および年功序列賃金制と異なる契約締結によりスタートし、雇用期間が短期ないし不明確に雇用継続し、その労働条件が不安定たる労働契約上の特徴を有する形で労務を遂行する⁽⁶⁾。

そうした労働者を本稿では、労働契約期間を明定しない点で共通し、それを基本として労働者の不利益待遇が発生している点を捉える立場から、「有期労働契約」上の問題との認識が可能と解し、その考察対象を“有期（契約）労働者”とし、問題毎には上の各呼称を用いる。

昨今の労働問題として有期労働者が論議され出したのは、2000年代に至って世界経済の拡大が急速化するに伴ってわが国経済が新たな経済局面を迎えたこと、さらにわが国内の社会構造上新たな傾向たる人口減少による少子高齢化の拡大傾向が生じたことにあるとされることが多い⁽⁷⁾。すなわち、世界経済の拡大＝“グローバル化”による国際レベルでの競争激化は、国内の人件費や輸送手段の経済効率から生産拠点を国外に移転させる動向を生み、国内の雇用数の減少や資金の流出を生じさせる。さらに、その現象に密着して世界規模での産業技術革新＝“IT化”の急速な進展は、パソコン等による単純労働作業の代替促進を生み、従来その作業を

担ってきた非熟練労働者の需要を減少させる。そして、国内情勢である“少子高齢化”の拡大傾向から労働力人口の絶対的減少のみならず、いま団塊世代の大量退職が生じ正規・熟練労働者の不足が現出する。

この国内・外からの経済体制・産業構造の急激な変化は、労働市場での労働力の柔軟かつ積極的な活用とともに“雇用形態の多様化”を進展させているとみられる⁽⁸⁾。その雇用形態は前述もしたように種々出現をみるが、労働力需要の状況として国際経済レベルからわが国労働市場において経済効率を最重点に調製可能な労働力を安易に対象とし、さらに雇用現場では常時代替可能な単純労働の従事者の労働力を多く対象とする現実もみられ、使用側からは各種非典型的な雇用形態・条件での労働者採用がなされ、労働側としては特に若年者の最近の労働意識が生活と両立可能な自律的な働き方を望む傾向の増加と相俟って、各種の多様な雇用形態が生じていると指摘もされる。

これら雇用形態に共通する特徴は、労働者の労働条件が不明確とか劣悪とかの現状が多く、そこに法的な保護対策がほとんど採られない問題状況がみられることである。その意味で、この状況にある雇用形態は不安定雇用として問題化され、いわば正式呼称として非正規・非典型雇用として論議され、本稿で捉える有期労働はその一内容といえる。以下に、これら現実の問題状況を統計資料で考察すると、「正規」・「非正規」（パート・アルバイト、派遣社員・契約社員・嘱託）雇用者数の年度別推移では、最新の'07年1～3月期に「正規」66.3%、「非正規」33.7%と、この比率は1984年以降で「正規」は最低率、「非正規」は最高率を示しており、現在「非正規」労働者は3人中1人となった⁽⁹⁾。

この両者を雇用する使用側の考えは、「正規」を中心としつつもパート・派遣等の比率を拡大すると考える割合が継続的に高く、その活用により「正規」を中核業務のみに絞り込む志向へつながるとみられる^(10-’04年時)。一方、労働側の考え方として「正社員として働ける会社があったから」との消極的な理由で「非正規」を選択する

割合は2割程度を占め、自律的な働き方等の積極的な理由の割合は経年でも少ない^(11-’03年時)。そして、この労働側のなかで特に若者層(35才未満)を対象にみると、男性で2割以上、女性で2割弱が消極的な理由でパートタイマー等に従事し、また契約社員では「正社員として働ける先がなかった」および「しばらくすれば『正社員』になれるということだった」との理由を合わせ、男女共に4割以上にもなる^(12-’06年時)。

ここで実態として明確にしておくべきことは、雇用形態の多様化は、使用側の経済効率を基礎とする労働力の安易・簡便な調整を可能とする手段として拡大されているのは明らかであるが、労働側においては個人的な生活と両立させたいがために自律的な働き方として積極的に非正規・非典型雇用に身を置いているとは必ずしもみられない。特に、若者層において止むを得ない消極的な理由で非正規労働者となっている割合も相当高いということである。つまり、現在問題とされる雇用形態の多くはあくまでも使用側の利益の獲得そして人件費の削減の必要性からいわば積極的に生み出されているものであり、労働側としては近年の若者層の一部にみられる生活優先の下での雇用を望む傾向はあるものの、その実態の多くは狭まる正規雇用から排除されるが故に止むなく消極的に多様な不安定雇用に従事せざるを得ない実態を看過できない⁽¹³⁾。

この非正規雇用に労働側が相当数不本意に組み込まれていく状況は、いわば当然のこととして正規・非正規間の経済条件の格差を増大させる。すなわち、まずその両者間の平均勤続年数は^(14-’06年時)、18~19才でほぼ同じから55~59才まで格差が拡大し正規労働者が約23年で非正規労働者が約8年である。そして、勤続年数別賃金カーブが^(15-’06年時)、勤続0年を100とすると男性は10~14年以降格差は拡大を続け30年以上で正規者が約185、非正規者が約130となり、女性は0年から格差が拡大し続け30年以上で正規者が約170、非正規者が約106となる。これは、非正規者は明らかに短期・有期雇用形態に望むと望まないとに関係なく組み込まれ、その勤続年数は本人の年齢が増すにつれ大きな格差の開

きとなり、それに伴って賃金においても非正規者の賃金上昇はほとんど取るに足らず(女性の場合は上昇がみられない)、勤続とともに上昇を続ける正規者との格差は拡大する一方であることを示している。

さらに、最近の雇用形態の多様化としての非正規雇用そのものの内容でも労働時間等の観点から多様化が進行している。非正規者の男性の労働時間は'04年以降週35時間以上のいわゆるフルタイムが増加し、女性では'06年から大幅な増加がみられる。しかもその非正規者の内容は男女共に従来の特徴であったパート・アルバイトよりも、派遣・契約・嘱託の形態が特徴的となっている^(16-’07年時)。そこでは同時に正規者も増加に転じており、そこに特徴として、雇用側は景気回復が長期化するなかでその雇用戦略として正規者と共に、35時間以上フルタイムの派遣・契約・嘱託の非正規者を多数雇用するという、正・非雇用者の配分につき不況時と同様な調整を継続している実態が見られる。この点、景気回復期にありながら、今後も前述した正・非間の経済格差の増大は継続していく状況にある。

労働側は、このような雇用状況についていかなる意識をもっているかをみる必要がある。上述の状況の展開として雇用継続上の選択意識として、雇用安定と賃金を採り上げた調査では前者を重視する割合が58.8%、後者を重視するのが40.7%と約6:4の比率で雇用の安定の方が高くなっている。しかも、特に男性は勤続年数が長い程高く、女性は仕事内容や学歴や勤続年数等と分れる傾向にある^(17-’07年時)。このことは、かつて1990年代以降のバブル経済崩壊後続いた景気長期低迷時の各職場での過剰雇用の解消によるリストラを経験してきた労働者層の、わが国の伝統的な“日本的経営たる職場への帰属意識”ともみられ、長期雇用形態において労働者個人の年齢や勤続年数に応じた年功序列型のシステムを形成して経済競争を支える労働者像であるとみることができよう^(18-’07年時)。

なお、女性労働者の場合は男性と異なり、雇用安定を求める理由に仕事内容の満足度ほか複合しているが、女性の職場進出は2000年代にな

り特に増加しており、その意識として男性ほどに勤続年数を意識する現況にないと思われるが、女性の社会進出の必要性が一層高まる将来は男性とも同じ状況を呈すると思われる。さらに、上の実態には若者層の労働者が触れられていないが、若者の雇用実態の問題状況も近年著しい多様化に伴って深刻化しており、現今そして将来に亘って続く現象とみる。若者の今後の問題動向を予知すべきこととして、特に15～24才の正規雇用割合はこの5年来各年令層で最低で、逆に失業率は15～34才の年齢層が最高率を示している。雇用側の若年の正規雇用率の低下要因として、非正規雇用の理由をみると契約社員や派遣労働では「即戦力・能力・専門的業務」を求める割合が高く、若年の多いパート労働では「賃金の節約」が最も高い（19～03年時）。

以上に、わが国経済が2000年代になり長期的な景気回復が継続し雇用者数が増加するなかで、非正規者数の割合は増加の一途を示し正規者との雇用条件の格差も拡大の一途を同様に現わしている実態を確認し得た。その格差の内容は、若者を中心に雇用動機が正規採用の機会がないとの消極的理由からスタートし、雇用期間は短期・有期で賃金上昇もほとんどなく、労働時間はパートに対しフルタイムが増加し、労働内容も派遣・契約・嘱託等と正規者と同じものになっており、結局その雇用の特徴は明らかに不安定雇用を強いられる困窮の境遇に陥ることと指摘できる。当事者は当然雇用安定そして労働条件ないし生活条件の向上・安定を求めるが、現況において社会制度・国家体制としてそこでの効果的対策を講じ得ていない。特に、法的対策として本来有効な役割を果たすべき労働法体系としての整備そして実行がなされていない。以下に、その法制度の内容とその果たし得る役割について考察していく。

3. 有期労働契約法制の問題点

多様化する雇用形態を特徴づける不安定雇用に共通する問題点として、短期間の雇用が労働条件で長期雇用と際立った不利益な格差に陥る

実態をみたが、統計等においては一般にその雇用形態を正規雇用に対する非正規雇用と捉え記述している。本稿では前述もしたとおりその非正規雇用の記述の実態の典型的な形態を有期雇用と捉え得るとみて、法規定上労基法を主とする有期労働契約の当事者たる労働者をめぐる問題として以下論述する。

労使関係を形成する雇用に関する契約は、法制度上かつて民法上の雇傭契約の対象となり、従って市民法原理たる契約自由の原則が全面的に適用され、あらゆる点で法的規制はなかった。ところが、現代構造社会の経済的格差を要因とする労使関係の独立・従属なる不平等関係の出現、それによる深刻な社会問題の発生は、労働者の保護とともに使用者の規制を行うべく社会法原理たる労働法制による労働契約を生み出した。その基本的な法制は労基法（特に第13条～第23条）であるが、雇用に関する契約は伝統的に契約自由の原則により運用されてきたこと、さらにわが国の近年の不況から好況への大転換の下雇用調整が簡便な雇用形態の拡大も相俟って、労基法上の労働契約規定内容もきめ細かな法制とはなっていない⁽²⁰⁾。その点は、有期労働契約についても締結・内容・終了等の基本的な規定なるものは存在せず、ほとんど労使間の自由に委ねられている（上の注で触れたとおり、この度「新・労働契約法」で「終了」の項目が規定された）。

前節でみたとおり、現代経済産業構造のなかから雇用される労働側の自由な就労、生活条件の選択あるいは労働による生きがい等の理由から非正規なる有期契約労働への従事者も僅かにいる一方、実際その多くは正規なる終身雇用機会が狭まるなかで、不本意に便宜的に従事する労働者が相当数を占める実態に対し、労働法制はいまのところ何らの有効な対策もとれていないと言ってよい。その問題意識として特に「現行の有期労働契約法理の見直し」を前提に「有期労働契約法制の構築を試みる」必要があるとの指摘もなされる⁽²¹⁾。その“現行の有期労働契約法理”なるものが果して形成されているかどうかは不明とみるが、その論述中「従来の雇用契約法理を見直し、雇用形態の多様化に対応

した新たな判断枠組みをどのように構築するか検討する必要がある」(同頁、文中~~~~は筆者)との問題提起には筆者も同感である。

有期労働契約に関するわが国の立法措置として、制定時の労基法(第14条)がかつての労働者の強制労働など過酷な労働条件下での長期間にわたる拘束を防止するため、原則的に最長1年の契約期間を定め、違反の契約を無効とし(第13条)、使用者への罰金刑を科した(第120条1項)点が唯一のものである。その後、前節で触れた近年の雇用形態の多様化に包括される各種の有期雇用に従事せざるを得ない多数の労働者が出現し、その労働形態が非正規雇用つまり安定的な雇用状況の範囲外に不本意に放逐されることにより、期間的・経済的つまり生活条件において正規雇用者と格差の劣悪さが拡大し続ける社会情勢のなかで、まさに不安定雇用を強いられるという状況が社会問題化してきた。

これに対応する形で、同法は平成10年に原則最長1年は継続ながら例外を拡大しその点につき最長期間を3年とし、さらに平成16年1月1日からは原則最長を3年まで例外的に5年までと改正した。これ以外にわが国では有期労働契約に関する法制は全くなく、要するに契約期間の長さの制限のみであり、現行法制を根拠とする有期労働契約法理つまり同契約上の締結・内容・終了に至る法的効力を評価する根拠の形成はなされていないのである。ただし、雇用形態として何らかの有期契約を内容とする不安定雇用の各種形態ごとの法的評価の蓄積はなされてきており、それらの内容はその問題点に関しての判断枠組みにはなり得るが、いまだ有期契約全般に共通する法理的な判断基準とはなっていない⁽²²⁾。

特に、有期契約の論点を雇用が有期であるが故に労働者の不安定雇用そして労働条件の正規雇用との格差の問題とみると、更新拒絶や雇止めが論議されるが、反復更新により労働者保護の理念を逸脱する場合に契約継続を認める脱法行為説や、反復更新に客観的・合理的な理由がある場合に契約継続を認める客観的自由説など、結局“反復更新”を条件とする判断が論じ

られるのみである⁽²³⁾。むしろ問題点として、有期契約の現況は法制上の不備の上に使用者の経済的利益から正規雇用を避け、労働者の雇用調整の簡便さを利用して安易に利用されることへの法的規制が論議されるべきである。つまり、有期契約が法的妥当性を基本的に有するものか否か、更新を条件とした論議ではなく、労働契約そのものとしての法的判断からなされる必要がある。

有期契約に関する法制の不備は、上のように法学説の限界を表わす原因となっており、問題の解決は特に紛争の当事者により提起される裁判の判決例により法制を補う形で行われている。判例上本問題に関して先駆的な判断となった論旨は(東芝柳町工場事件、最高裁第一小法廷判決、昭49・7・22)、“期間二ヶ月の臨時工の労働契約が長期にわたり反復更新された場合には、実質的に期間の定めのない契約と異なる状態で存続するのであり、雇止めには解雇に関する法理を類推すべきである”とし、有期契約の“実質”つまり契約によって形成された労使関係の「実態、状況」⁽²⁴⁾が法的評価の要点とされ、“契約成立の事情、職務内容、勤続期間その他諸般の事情から、期間の定めのない契約と認められる”、“当然更新を重ねることであたかも期間の定めのない契約と実質的に異なる状態で存在していた”、“労働者が期間満了後も引き続き雇用されることを期待することに合理性がある”等々の実態により雇止めの無効等が判断されている⁽²⁵⁾。

その後の判例の具体的判断内容を総括すれば、有期契約が反復更新されて期間の定めのない契約と実質的に異なる状態となり、そのような事情を総合勘案して労働者が継続雇用の期待をもつことが首肯できる実態、状況では、正規雇用上の解雇権濫用法理が類推適用されることになり、更新拒否ないしは雇止めには客観的、合理的な理由が必要となるということになる⁽²⁶⁾。これらの事案を考察するとき、基本的な問題意識として筆者は有期契約とは本来何であるのか、現今の問題として提起される要点つまり雇用における労働者の不安定な地位、経済的不利益

等々から生ずる生活上の困窮状態を法的にいか
に救済・保護し得るか、このことを根本問題と
して考える立場が必要と解する。

もともと、雇用の期間を定める契約につき民
法原則により労使当事者が事実上契約終了を述
べない場合、従前の条件で更に雇用が推定され
る（第629条1項）。この要件により継続する契約
＝雇用の更新が反復される場合、労働者はひき
続き長期に雇用されるものと期待することもあり
得る。現実には前節でみたように、わが国近年
（1900年代～2000年代）の経済的不況から好況への
転換と国際的グローバル化、そして産業技術
IT化革新等による雇用形態の多様化のなか、
正規雇用の増大と共に非正規雇用がそれ自体と
しての多様化を現出しつつ拡大しており、その
基本的雇用類型として有期契約労働者が増加
し、彼等は使用側の経済効率上雇用調整の安
易・簡便な手段とされ、不安定雇用と正規者（正
社員）との労働条件の劣悪な格差を強いられる
困窮者ともなっている。その境遇から本意に
止むなく次々と有期雇用者（フリーター等）と
して就職を繰り返さざるを得ない場合に、当該雇
用＝契約が長期間に亘ることを期待するのは当
然である。

この場合、その有期契約先が「一定の事業の
完了に必要な期間」（労基法第14条1項）とか季節
的労務への就労等を条件とする場合等のほか
は、あるいは立法措置として有期契約の締結を
禁止すべきことも考え得るのではないか。有期
雇用の更新をめぐる多くの判例は上述もしたと
おり、更新により期間の定めのない契約と実質
的に異ならない状態で存在し、労働者が期間満了
後もひき続き雇用されることを期待することを
認める考え方が多いことは、そうした立法措置
へと展開されるべきものと思う。こうした係争
当事者たる使用側の方が、多く経済効率上雇用
調整の安易・簡便な手段として、正規者を避け
意図的に非正規者としての有期労働者の採用を
増加させている実態もある。このような実態に
対しては、基本的視点として「危険負担を労働
者にのみ一方的に負わせようとする制度が生れ
てくる」⁽²⁷⁾とも指摘され、ここで問題とする有

期雇用はまさにその制度といえよう。

従来、各種の有期雇用の雇止めの問題は“更
新の継続”を論拠に多く議論されてきたが、こ
の問題を本質的に考えるに際し“更新”と関係
なく論じた判例が注目される⁽²⁸⁾。これは、一
年間の臨時雇のタクシー運転手に対する期間満
了を理由とした更新拒絶（解雇）の効力を争っ
た事案で、まず基本的判断として本件臨時雇運
転手制度の実態に照らしどのような実質の雇用
契約であるかにかかるとし、その契約の実態に
関する諸般の事情に照らし実質的に期間の定め
のない契約に類似し、労働者が雇用継続を期待
することに合理性が認められるとの判断の下、
使用者は期間満了を理由に更新拒絶することは
信義則に反し許されないとした。なお、本件は
有期一年契約の最初の更新時の問題であり、何
回かの更新継続（反復更新）の事案ではない点
が特徴である。この点に関し同判決は「就労期
間が一年にすぎず過去に契約の更新を受けたこ
とがないとの点は、右の判断を左右するに足る
ものではない」（上「労判」第581号38頁）として
いる。

つまり、この論旨は有期契約の法的評価は当
該契約それ自体の契約としての合理性判断をそ
の実質および実態を根拠にした諸般の事情の総
合的評価の下に行うべきものとの態度を示して
いると解され、労働契約上使用者に対し従属的
地位に立つ労働者の保護を理念とする労働法理
論として妥当なものと解する。前述した筆者の
有期契約における労働者の不安定な地位、経済
的不利益からの法的保護を実現するために、使
用者の雇用調整の安易・簡便な手段とされる有
期雇用を原則的・基本的に法理論上否定すべき
考えとも共通しよう。こうした論理を“有期労
働契約法理”として展開することも意義があろ
うし、あるいは“従来の雇用契約法理を見直し、
雇用形態の多様化に対応した新たな判断枠組み”
として構築することも必要といえる⁽²⁹⁾。以下、
その問題意識に沿って労働者の有期契約上の現
在の救済さらに将来の保護をめざす論理へつな
げていきたい。

4. 有期労働契約下の労働者への法的対策

有期雇用に関して特にその雇止めの問題を法的に論ずる場合、判例の基本的態度として、有期契約から生じる雇用状況の実質・実態が前提となる点が明白になるが、その上に法的評価の枠組みを示す注目される見解がみられる。事案は臨時工の期間の定めのある契約が四回更新された後の解雇予告の効力を争った判決についての論評で、次のとおりである⁽³⁰⁾。「……期間の定めのある労働契約について争が起った場合……その判断の一応の基準としては、次のような点が考えられていい……第一は景気変動によって生ずる損害を……労働者のみに転嫁しようとしていないか……第二は（その）契約を締結することが、十分な理由をもっているか……当該職種……企業形態から考えて……社会的妥当性を持っているかどうか……第三は労働者が……自己の契約について当期限りで終了するという明確な意識を持っていたか……即ち次期においても契約が更新されるであろうという期待を、当該職場の客観的な慣習あるいは契約当時の諸事情から抱きうる可能性がなかったかどうかという点である」とする。

上の第三点については、前節で述べたとおりほとんどの判例の判断基準とされ、更新継続により実質的に期間の定めのない契約と認定される点と相俟って、更新拒絶は無効と判示されることが多くいまや判例法理といえる。しかし、その第一点および第二点は、従前の判例にはほとんど提起されてこなかった点である。この点を判断基準とする考え方は、現今の各種の有期契約の多くが労働者の不安定雇用と対使用者・正規者への格差なる困窮状態を表わすことが、深刻な労働問題として法学説上も判例上も困難な理論展開をみる今日において、極めて重大なファクターになっていると思われる。それは、まづは第一点につき有期契約の申入れが専ら使用者による採用行為から始まり、その主導の下に有期労働関係が形成される実態、そして第二点につき雇用関係を有期とする理由は、やはり専ら使用者側に大なる比重がある実態が現実と

して存するからである。実態がこのようなことから、有期契約は景気変動による損害の危険負担を労働者にのみ一方的に負わせる制度ともされ、さらに有期契約の締結が社会的な妥当性をもつものか否かに疑問が提起されることになるのである。

有期契約はもちろん労使関係を形成する雇用契約は、本来民法原則たる契約自由の法理により雇用期間を定めることは当事者の自由であり、その期間を更新するか否かも自由とされる（民法第629条1項等）。そして、その有期の契約の更新・継続が打ち切られる場合に、前節の判例等のように労働法原則たる労働者保護の法理なるものが使用者の雇止め、更新拒絶あるいは解雇の自由への制約を問題とすることになる（労基法第1条および第18条の2等）。この契約自由の法理と労働者保護の法理との相剋が、本問題の本質として浮かび上ってくるものと筆者は考える⁽³¹⁾。上記した注目される見解の第一点つまり景気変動による損害＝危険負担を労働者にのみ転嫁しようするものか否かの点は、有期契約なる契約類型に関する法の下の平等原則に依る契約自由の法理に適合するか否かの判断基準となり、第二点つまり有期契約の締結が当該職種・企業形態から社会的妥当性を有するか否かの点は、有期契約の労使間における契約類型として労働条件の対等決定原則に依る労働者保護の法理に適合するか否かの判断基準となるものとみる⁽³²⁾。

そして、この二点の判断基準を整合するポイントとみられるのが第三点の労働者自身の当該契約更新の意識、期待の可能性を職場の慣習や契約時の諸事情を勘案して合理性如何の判断を結論づけるとする論理になっている。つまり、判例で論じられる有期契約が特に更新により無期契約に転化するか、従前の有期の継続となるか、あるいは無期契約に類似するか否かの判断をするのに、その結論を契約当事者の一方たる労働者の「意識・期待」という意思のみに依って行なうべきであるとの論旨である。つまり他方当事者たる使用者の意思は考慮されないことになる。ここに上述した契約自由の法理と労働者保護の法理とが具体的判断の基準として整合

されていることとなるのではないか。この場合の整合の内容とは、契約の法理は保護の法理により第二次的な判断基準（契約自由を重視する合理性に欠ける等の意味）となり、それ以上に保護法理が重要な基準とされることを意味する。このことを本見解は「以上（第一点から第三点）は要するに使用者が予告手当等（労働者保護措置）を免れるための手段として即ち脱法行為として、なされていないかどうかということに要約されるのである」⁽³³⁾—文中（ ）内は筆者）と、結論づけられることから理解される。

この見解と共通するとみられる以下の論述も注目される。すなわち、「期間雇用労働者の雇止め（契約更新拒絶）に関する判例の法規制の……エッセンスとしては、期間雇用労働者を期間限定のない長期雇用下の労働者よりは雇用保障（雇用調整）において劣った法的地位に置きながらも、多様な期間雇用の実態に応じた雇用の安定を図るものであるといえる。いいかえれば、中核としての長期雇用システムの維持に必要な雇用調整的制度であることを認めつつも、同システムの枠内で期間雇用労働者の保護を図っているのである」⁽³⁴⁾—文中の下線は筆者）との指摘である。この論述の__線の部分は契約自由の法理、そして__線の部分は労働者保護の法理の論旨であると理解できよう。この相剋する両法理の整合をなすための論理展開として、__線部分つまり保護法理の優越性を結論づける判例の典型的な論旨をまとめられる。なお、判例のなかには保護法理を優越させる論理の結論としては“信義則”とか“公序良俗”に反して違法性ありとの判示もみられるが、これらも判断基準は前掲と同様である⁽³⁵⁾。

以上のように、有期契約の更新拒絶あるいは雇止めの事態において労働者の雇用継続を法的に判断するにつき、その契約法理に対し保護法理に重点を置くという法理の整合性を形成する場合、当該契約の性質は結局“期間の定めのない契約（つまり、無期契約に転化、それに類似あるいは従前の有期の継続も同様）”の問題となり、その契約を終了させる契機は“解雇”制度となる。使用者の労働者解雇の権利に対しては、かつて

民法上の権利濫用の法理（第1条3項）以外に法制はなく、最高裁判例がいわゆる解雇権濫用法理を確立してきた⁽³⁶⁾。この法理を平成16年1月1日施行の改正労基法第18条の2は、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする」と規定した⁽³⁷⁾。この現行法制により、有期契約が期間の定めのない契約つまり無期契約および正規雇用契約と同じ解雇基準に依ってのみ契約が終了することになる。従って、従来の安易、簡便になされた更新拒絶、雇止めはなされ得なくなる歯止めとなっている。

こうした点につき、外国特にドイツの状況をみると⁽³⁸⁾、法制として民法第620条1項等の契約自由の法理に依り、原則として有期契約は適法で期間満了によって契約は自動的に終了となるが、解雇制限法の規制を回避する目的の契約は違法であり、従って有期契約の設定にはそれ自体締結の正当事由が要件とされるとの判例が確立されている。最近では2001年の有期労働契約法等の制定により、正当事由ある場合のみ有効とされ、このことは反復更新された有期契約にも適用され、現在では『連鎖契約』を規制するために、有期契約そのものを『合理性』の観点から制限してきたのに対して、日本では、有期労働契約が反復更新され、『連鎖契約』になった段階で更新拒否を制限しているに過ぎない⁽³⁹⁾とされ、この点についてのわが国法制度の「労働者の保護を十分に図ることができなかった」との現状への疑問も提起されるところである。

このように、ドイツの現状においても、まさしく労働者保護制度たる解雇制限法の内容および判例の蓄積による保護法理に依る契約法理の制約が確立しているのである。これに関し、わが国においても有期契約の更新拒絶の事案を反復更新理論としてではなく、解雇制限法理ないしは解雇権濫用法理、そして根本的には有期労働者の保護法理を検討して行く必要があると考える。すなわち、まず解雇制限法理としてドイツではその法規制を回避する目的で有期契約を締結することが正当性なしとの“法律回避の理

論”が定着するにつれ、好景気の際でも使用者は有期契約の締結を控えるようになったとの分析からも⁽⁴⁰⁾、わが国でも最近のように不況・好況の変動に関係なく有期雇用が著しく増加している状況をみると、使用者側の安易・簡便な雇用調整手段として有期契約が利用されていることが係争事実からも多く把握される実情であり、そのことは法理として契約自由を標榜することにより労働者保護の法理を自己の利害のために“回避”することを意図しているとの評価もなされよう。

次いで、わが法制は最高裁判例の下に定型化された解雇権濫用法理を先般労基法第18条の2に規定するに至ったが、この規定はまさに労働者保護の法理の法制化であり、解雇が本来使用者による契約自由の法理上の権利であるとしても、「客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする」(下線は筆者)とした。このポイントたる下線部分の詳細はその基礎たる判例のなかで論じられてきたが⁽⁴¹⁾、解雇する使用者側の意図が上述した安易・簡便な雇用調整手段の発動と認められ、前述の注目される理論の第一点つまり「景気変動によって生ずる損害を……労働者のみに転嫁しようとしていないかどうか」が評価され、「危険負担を労働者にのみ一方的に負わせようとする制度」⁽⁴²⁾となるならば、解雇の行為はこの判断基準に依り保護法理以前の契約法理上での“脱法行為”となろう。この判断は、前述のとおり論理の展開として第三点の労働者の雇用への期待等の意思を使用者意思よりも重視する結論へとつながる。

以上のように、わが国の有期雇用の法的論争の特徴はその更新をめぐる判断基準の定型化、いうなれば更新法理の形成を意図するものになり得るが、そこに浮び上がる論点の中心は上述の解雇制限法理あるいは解雇権濫用法理にしても、結局のところ契約法理と保護法理との相剋の枠組みから、結論的に前者に対する後者の優越性に基づく評価が多くなされ得る問題であるということになる。最近の見解として、有期契約満了時に使用者が更新拒否を通知した場合で

も労働者の法的地位が不安定とならないよう「労働者の実質的な保護を図ろうとする法理」が判例上構築されているとする⁽⁴³⁾。すなわち、「諸事情を勘案し、当該契約が期間の定めない労働契約と実質的に異ならない状態で存在していたと認められるとき」=「実質無期契約型」と、上の存在といえないような場合でも「業務内容の恒常性や当事者間の言動・認識などから、労働者が雇用継続を期待することにつき合理性があると認められる場合」=「期待保護型」には、いずれにしても「同様に解雇に関する法理が類推適用される」とするものである。

この見解は、二つの型として理論構成しているが、結論は前者型を含んで後者型に重点を置いているのは明らかであり、結論的に既述した注目すべき見解の第三点に判断基準が収束されるという意味で同旨の見解とみられよう。ここに、論点は労働者保護の法理を有期労働者にいかに関係するかに集約される。労働者対使用者間の雇用関係の形成は、法制として民法上の雇用契約を基本とし、両者の現代社会での独立対従属的地位の対等関係を法的に形成するために、社会法たる労基法上の労働契約に基づき規律の制度が整備されてきた。つまり、雇用関係は労使間の契約自由の法理から労働者保護の法理への展開過程において問題解決が試みられ、その解決の法的対応は法理なる必らずしも具体的な枠組みからの理論形成がされてきたといえる⁽⁴⁴⁾。ただし、法制として法理=法原則の具体化は、憲法第25条生存権保障に基づく労基法第1条労働条件の「人たるに値いする生活……を満たすべきもの」として、第13条が労働契約に対する「強行的・直律的効力」を及ぼすこと等により、「労働保護法規」になっている⁽⁴⁵⁾。

これら保護法理に基づいて現今の有期契約の問題を考察する際、その契約関係における労使間の対等性(労基法第2条「対等の立場」)および労働者間の均等性(同法第3条「差別的取扱」禁止)の法的実現が基本的な問題になる。

その第一点は、既述した実態上現今の有期契約上の問題が使用者側の不況時から好況時に拘らない安易・簡便な雇用調整手段ないし自らの

利益追求の経営・労務手法としてなされ、実態上同契約の特性は危険負担を労働者にのみ一方的に負わせようとする制度となっている。従って、その評価を法理上としては契約自由の平等原理の段階で違法性が指摘され、基本的に契約そのものの無効が結論づけられる。具体的な法理論としては、ドイツの解雇制限法の法律回避ないし脱法行為の理論から合理性なる正当事由ない限り有期契約それ自体が違法性ありとされる⁽⁴⁶⁾。わが国では契約法理上（具体的に民法第626条そして労基法第14条）一応は有期契約が法認されているが、それは過去の強制労働からの法的救済を目的とするもので、現今の法制としての意義はほとんど認められない。従って、契約法理と重疊する法論理として保護法理を根拠とした労働契約締結につき原則的な有期契約の禁止規定を法制化すべきものと解する⁽⁴⁷⁾。

次いで第二点は、やはり現今の有期契約の実態は既述のとおり労働者の身分的不安定性や労働条件の劣悪性により、不安定雇用の境遇を強いられる割合が労働者全体の3人中1人ともなり、その法的問題状況として正規労働者との均等待遇の崩壊が深刻である。この点に関しても第一点と同じく契約法理からとみられる本質論も展開されるが⁽⁴⁸⁾、上述の有期契約の原則的な禁止の法制化の下では労働者全てが期間の定めのない労働者たる地位に立ち、労働条件も同一の就業規則あるいは労働協約等に依ることとなる。その雇用形態が契約類型に基づく派遣労働者、契約社員あるいは労働時間設定類型に基づくフル・パートタイマー、フレックスタイマー等々による条件の違いはあっても、同種の業務に従事する労働者あるいは企業内の部門（現業系、営業系、事務系等）毎の合理的な均等待遇を形成することができよう。これらの条件確保の立法化を基本的に労働者保護の法理に基づき緊急に整備すべきである。

5. おわりに

現今の国内・外の規模で急変動する経済・産業動向は、雇用の労使関係の実態を大きく転換

させ、現代特有の労使間の不平等を一層拡大する他に、近年労働者間の不均等なる現象をも著しく生じさせている。まさに、格差社会と総称されるなかでの法的不平等関係が雇用をめぐる深刻な問題となっており、法的対応が強く要請されてきている。

その問題状況の一端として、有期労働契約における労働者の対使用者および労働者間の著しい格差問題の増大が困難なものとして論議される。その問題点を総括すれば、使用者側が不況・好況の急変動下の経営危険回避の雇用調整策として有期契約を多用し、他方労働者はその生活の利便性から多様な雇用形態を求める傾向も伴ってそれを利用する実態と、労働者側において終身雇用の伝統あるなかに有期雇用が新たに増加することにより、正規者と非正規者との雇用期間の安定度を始め労働条件の相違の実態が深刻なことにある。

こうした問題への対応が、わが国の法制・法規としていまだ整備が十分ではない。現実には提訴される問題に対し、従来民法および労基法を中心にそこから抽出し得る法理を根拠に裁判例そして学説において問題解決の法理論的展開がなされてきた。それら理論の有効な展開として、筆者は基本的論点なる民法上の契約自由の法理と労基法上の労働者保護の法理を抽出し、理論構成上現行民法と労基法の有期契約規定を一応の手懸りに、両法理のうち後者の保護法理に重点を置いた整合性を見極めつつ論述を進めてきた。

その結論として、有期契約は基本的に民法上の契約自由として、また労基法上の強制労働からの労働者保護として基本的に法認されるけれども、現今の上述の有期契約をめぐる問題状況においては、労使間および正規・非正規労働者間の不平等、不均等なる不法・違法な関係を形成する役割を果すこととなり、結論的に労基法上の保護法理を逸脱するものとなることを論証したつもりである。その結果筆者は、本問題の現在はもちろん将来危惧される格差社会の一層の深刻化を是正・防止するための法的施策として、有期契約を現行労基法第14条に例外的に法

認する以外は原則的に禁止規定で明確化すべきことを、まず本稿で提唱しておきたい。

追記「はじめに」附記に述べた新・労働契約法は、労基法規定よりも積極的に「期間の定めのある労働契約」そのものを制度化した形で、使用者に対し「やむを得ない事由がある場合」は、「期間が満了するまでの間」にも「解雇することが」できる旨の規定をしており（第17条）、筆者の本論主張の主旨は同新法において、期待できないものとなっている。他日を期して、この問題を包括しさらに検討を加えたいと思う。

注

- (1) 平成19年版「経済財政白書」(内閣府) 1頁。
- (2) 不安定雇用なる雇用形態そして労働者の意義は、次節で述べる。
- (3) 前掲「経済財政白書」246頁参照。
- (4) この改正の経緯と問題点につき、拙稿「労働基準法改正の問題点—有期労働契約、解雇および裁量労働制の改正点について—」・「盛岡大学短期大学部紀要」第14号（2004年5月刊）3頁以下、6頁以下を参照されたい。
- (5) この実態の分析につき、拙稿「労働契約における当事者意思の考察—労働契約法運用における問題点—」・「盛岡大学紀要」第24号（2007年3月刊）12頁以下を参照されたい。
- (6) 本稿考察対象たる雇用の特徴は、「わが国の労使関係にユニークな生涯雇用および年功序列型の賃金は、大企業の正規の従業員にのみ妥当する……さらに、景気の安全弁としての臨時労働者が数多く配置され……これらは、期間工、季節工、臨時、パート、アルバイトとその名称はさまざまであるが、いずれも期間の定めのある雇用契約を反復更新しつつ、不況時には雇い止めにすることが前提となっている不安定な雇用である」・「外尾健一著作集第5巻『日本の労使関係と法』」(信山社刊・2004年3月) 277頁と指摘されることと同旨である。
- (7) 前掲「経済財政白書」1頁、95頁以下、174頁以下、244頁以下等参照。
- (8) 上掲「経済財政白書」173頁参照。
- (9) 平成19年版「労働経済白書」(厚生労働省) 17頁以下参照。
- (10) 上掲「労働経済白書」220頁以下参照。
- (11) 上掲「労働経済白書」158頁および286頁参照。
- (12) 前掲「経済財政白書」179頁参照。
- (13) 現在、厚生労働行政の標語として“仕事と生活の調和”が提唱されるが、労働現場における労使関係のここで指摘し得る実態の解消・是正が必須要件といえる。その行政の取り組みについて、前掲「労働経済白書」234頁以下参照。
- なお、そこで問題とされる労使関係の実態については、前掲・拙稿「労働契約における当事者意思の考察」13-14頁参照。
- (14) 上掲「労働経済白書」101頁参照。
- (15) 上掲「労働経済白書」102頁参照。
- (16) 前掲「経済財政白書」177頁参照。
- (17) 上掲「経済財政白書」220頁参照。
- (18) 上掲「経済財政白書」222頁参照。
- (19) 前掲「労働経済白書」156頁および286頁参照。
- (20) わが国近年の新たな雇用形態をも包含した労使関係規律の労働法制として「労働契約法」が、この度国会で成立し平成20年3月施行の運びとなった模様である。本論稿からするその論評については、「おわりに」の附言で一言触れたいと思う。
- (21) 川田知子「有期労働契約法の新たな構想—正規・非正規の新たな公序に向けて—」・「日本労働法学会誌『労働契約法の基本理論と政策課題』」第107号（2006年5月刊）53頁。
 なお、筆者は、以下本文論述のように、現行の有期労働契約法制は、労使不対等および労働者間不均等の法制上の基本問題と評価する立場から、同法制の「構築」は賛成できない。ただし、「正規・非正規の区別を超えて、両者を同一の規整原理のもとにおくための公序設定の必要性」(70頁)の主張、そして、同論文の考察内容は全体的に賛同する。
- (22) 従来の学説の多数は、民法第629条1項但書を根拠に有期契約が更新により期間の定めのないものに転化すると解し、従って、解雇の自由が適用されると解してきた。この点につき、菅野和夫『労働法—第7版補正2版』(弘文堂刊、平成19年4月) 170頁以下参照。
- (23) 川田知子・前掲「学会誌」55頁参照。
- (24) 菅野和夫・前掲『労働法』171頁。
- (25) “ ” 部分の文言は、『労働判例大系・第1巻』(労働旬報社刊、1993年3月) 31頁以下より抜粋。
- (26) 菅野和夫・前掲『労働法』172頁以下参照。
- (27) 「外尾健一著作集第4巻『労働権保障の法理Ⅱ』」(信山社刊、2000年7月) 338頁。
- (28) 龍神タクシー（異議）事件、大阪高裁判決、平3・1・16（「労働判例」第581号）。
- (29) 川田知子・前掲「学会誌」53頁参照。この“有期労働契約法理”なる捉え方につき、上の(21)で触れたとおり、筆者としては見解として尊重はするが、労基法第14条に包含される以外の有期雇用を原則的に禁止すべきと考える故に、むしろ従来の労働契約

理論そのものを見直すことにより、有期契約問題にも対応し得る労働契約法理を形成すべきものと考ええる。

(30) 本事案は、新日本飛行機事件、横浜地裁判決、昭29・7・13（労民集第5巻5号）であり、以下の論述は、「外尾健一著作集第4巻」前掲339頁における論評である。

(31) この問題状況をいみじくも僅かな論理として触れた貴重な判例に、丸子警報器事件、長野地裁上田支部判決、平8・3・15（「労働判例」第690号）がある。その判決に「およそ人はその労働に対し等しく報われなければならないという均等待遇の理念が存在していると解される。それは言わば、人格の価値を平等と見る市民法の普遍的な原理と考えるべきものである」という点において、「市民法の原理」と社会法たる労基法の「均等待遇の理念」との相剋を浮かび上がらせた上で、後者の労働者保護を結論づけた。

(32) この問題点に相通ずる事例として、以下の労働者派遣法に基づく派遣労働者の問題につき、当該労働者の労働契約は派遣元との間に成立しているとの基本的考え方から、実際に労務を提供する派遣先との法的関係が不明であることから労働者側の不利益保護の理論が展開される。すなわち、派遣元と派遣先との間に「二重の労働契約」が成立するとの考え方が効果的な解決を果たしている。この見解として、「労働契約は債権契約であるとしても、人間が直接、指揮命令に従って働くという点に特色を有し、このことを根拠に労働保護法が使用者にたいして様々な規制をし義務を課している。二重の労働契約論にとって解決しなければならない課題は、具体的な労務提供先である派遣先と、抽象的な労務提供先である派遣元に対し、労働契約上の権利・義務の内容の確定と労働保護法が課す義務と責任をどのように整理するかである」とされ、そのいう「整理」の基本を「労働条件については、派遣元との労働契約と同様の内容で派遣先と派遣労働者の間で合意されたものと推定される」との論理は、まさに契約自由の法理と労働者保護の法理との「整理」ないし本文の「適合」の試みである。砂山克彦「派遣労働の実態と二重の労働契約論」（『外尾健一先生古稀記念論集』、有斐閣刊、1994年3月）95頁－96頁より「」内引用。

(33)「外尾健一著作集第4巻」前掲339頁。

(34) 菅野和夫『雇用社会の法—補訂版』（有斐閣刊、1997年11月）192頁。

(35) “信義則”は、前掲の龍神タクシー（異議）事件（「労働判例」第581号。そして“公序良俗”は、前掲の丸子警報器事件（「労働判例」第690号）。

(36) そのリーディングケースは、「日本食塩製造事件」（最高裁二小判決、昭50・4・25（民集第29巻4号）、並びに「高知放送事件」最高裁二小判決、昭52・1・

31（「労働判例」第268号）である。

(37) この規定改正の経緯および問題状況につき、前掲・拙稿「労働基準法改正の問題点—有期労働契約、解雇および裁量労働制の改正点について—」4頁以下、7頁以下を参照されたい。

(38) 川田知子・前掲「学会誌」57頁以下参照。

(39) 川田知子・上掲「学会誌」59頁。以下の引用も同頁。

(40) 川田知子・上掲「学会誌」58頁参照。

(41) この判例理論の展開から立法化の経緯、そして解雇の合理性の分析については、菅野和夫・前掲『労働法』420頁以下参照。

(42)「外尾健一著作集第4巻」前掲338頁。

(43) 水町勇一郎『労働法』（有斐閣刊、2007年9月）179頁。

(44) 法理論のこうした問題状況について、前掲・拙稿「労働契約における当事者意思の考察—労働契約法運用における問題点—」14頁以下を参照されたい。

(45) 菅野和夫・前掲『労働法』72頁以下、90頁以下参照。

(46) 川田知子・前掲「学会誌」57頁以下参照。

(47) 有期契約の原則的な禁止規定を法制化するにつき、使用者側からの契約終了手続として「解雇」があり、その“合理性”および“社会的相当性”ある限り自由に契約解除できようし（現行労基法第18条の2－第21条）、また、労働者側は合意解約の自由を行使できよう（民法第626条－第628条）。

(48) 前掲判例・丸子警報器事件判決に対する評価として、川田知子・前掲「学会誌」63頁は、この判旨を「……自然法論の考え方を前提としており、契約自由……つまり契約正義……に反する契約の効力は否定すべきであって……規制を行うべきである」（63頁）とされることが、法理を整合する考え方としては一見解であると思う。筆者のこの試論上の考え方での整合内容は、他日明らかにしたい。